



# Novelle des AWG | Erneute Verschärfung der Investitionskontrolle



## **NOVELLE DES AUßENWIRTSCHAFTSGESETZES: ERNEUTE VERSCHÄRFUNG DER INVESTITIONSKONTROLLE**

Am 8. April 2020 hat die Bundesregierung die Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) beschlossen und damit den Weg für das parlamentarische Verfahren eröffnet. Zweck des Gesetzentwurfs ist neben der Anpassung des deutschen Rechtsrahmens an die Vorgaben der sog. EU-Screening-Verordnung (Verordnung (EU) 2019/452 vom 19. März 2019) die abermalige Verschärfung des Prüf- und Kontrollregimes für ausländische Investitionen in deutsche Zielunternehmen.

Seit dem Erwerb des Robotikunternehmens Kuka durch den chinesischen Investor Midea in 2016 sind die Regelungen zur Kontrolle ausländischer Investitionen in deutsche Unternehmen kontinuierlich verschärft worden: So wurde beispielsweise der Kreis meldepflichtiger Transaktionen erweitert, Fallgruppen besonders sicherheitsrelevanter Bereiche konkretisiert und Prüffristen verlängert. Zuletzt – Ende 2018 – wurde insbesondere auch die maßgebliche Schwelle für staatliche Eingriffe im Bereich der sektorspezifischen Prüfung und bei Transaktionen betreffend besonders sicherheitsrelevanter Bereiche (z.B. kritische Infrastrukturen oder Medienunternehmen mit Massenwirksamkeit) von 25 % auf 10 % abgesenkt.

### **VERSCHÄRFUNG DER INVESTITIONSKONTROLLE**

Das neue Gesetz setzt die Tendenz einer fortschreitenden Verschärfung der Investitionskontrolle fort.

## **ZWINGENDE ANPASSUNGEN DES AWG AUFGRUND DER EU-SCREENING-VERORDNUNG: KOOPERATIONSMECHANISMEN**

Als Mitgliedstaat, der mit dem AWG und der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) über Regelungen zur Investitionskontrolle verfügt, ist Deutschland verpflichtet, seinen Rechtsrahmen an die Vorgaben der EU-Screening-Verordnung anzupassen. Hierzu führt Deutschland den unionsrechtlich vorgegebenen Kooperationsmechanismus ein, um anderen Mitgliedstaaten sowie der Europäischen Kommission die Möglichkeit zu geben, Stellungnahmen in Bezug auf ausländische Investitionen abzugeben, die in Deutschland einer Investitionskontrolle unterliegen. Nach den Neuregelungen ist künftig nicht nur zu prüfen, ob ausländische Direktinvestitionen die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung in Deutschland beeinträchtigen könnten. Es sind auch die Situation in und die Bedenken von anderen Mitgliedstaaten und der Kommission zu berücksichtigen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) wird Nationale Kontaktstelle im Sinne der EU-Screening-Verordnung. Hauptaufgabe der Kontaktstelle ist die Verwaltung und Führung des vorgesehenen Austauschs zwischen den EU-Mitgliedstaaten hinsichtlich ihrer nationalen Investitionskontrollverfahren. In diesem Sinne nimmt das BMWi im Rahmen des Investitionsscreenings u.a. Informationsbitten, Stellungnahmen und Unterlagen der Mitgliedstaaten sowie der Europäischen Kommission entgegen, veranlasst Prüfungen, übermittelt deutsche Stellungnahmen und koordiniert Ressorts.

<sup>1</sup> Dr. Germar Enders, Rechtsanwalt und Counsel bei McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP

## **VERSCHÄRFTER PRÜFUNGSSTANDARD, SCHWEBENDE UNWIRKSAMKEIT MELDEPFLICHTIGER TRANSAKTIONEN, GUN-JUMPING, SCHÄRFERE SANKTIONIERUNG**

Neben den Anpassungen des AWG an unionsrechtliche Vorgaben zielen die neuen Regelungen auf eine Stärkung des nationalen Investitionsprüfungsrechts, um einen noch wirksameren Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung der Bundesrepublik Deutschland im Falle von kritischen Unternehmenserwerben durch Unionsfremde bzw. Ausländer zu gewährleisten.

Die Schwelle für den Erlass erwerbsbeschränkender Maßnahmen wird deutlich abgesenkt. Zwar bleibt das zentrale Prüfkriterium der „öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“ unverändert: auch künftig

### **ERWERBSBESCHRÄNKENDE MAßNAHMEN**

In Zukunft sind erwerbsbeschränkende Maßnahmen bereits bei einem deutlich geringeren Gefährdungsgrad zulässig. Eine noch nicht eingetretene, aber durch einen kritischen Erwerbsfall künftig mögliche Beeinträchtigung soll und kann verhindert werden.

wird der Begriff der „öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“ auf Grundlage der maßgeblichen europäischen Regelungen und ihrer Konkretisierung durch den EuGH die Berührung von Grundinteressen der Zivilgesellschaft erfassen, also insbesondere Sicherheit, Versorgung und den Bestand des Staates. War bisher für den Erlass von Anordnungen oder gar die Untersagung einer Transaktion allerdings erforderlich, dass die ausländische Investition eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit darstellt, reicht künftig – entsprechend dem Ansatz der EU-Screening-Verordnung – eine „voraussichtliche Beeinträchtigung“ aus. Damit sind in Zukunft erwerbsbeschränkende Maßnahmen bereits bei einem deutlich geringeren Gefährdungsgrad zulässig. Eine noch nicht eingetretene, aber durch einen kritischen Erwerbsfall künftig mögliche Beeinträchtigung soll und kann verhindert werden.

Im Rahmen der sektorspezifischen Prüfung, d.h. bei Investitionen in Unternehmen im Bereich Kriegswaffen, Rüstungsgüter und Kryptosysteme wird der Kreis der erfassten Unternehmen erweitert. Künftig wird nicht nur die Investition in

Unternehmen, die solche Güter herstellen und entwickeln erfasst, sondern auch die Investition in Unternehmen, die entsprechende Güter „modifizieren oder nutzen“. Erwerbskonstellationen, bei denen die Herstellung, Entwicklung, Modifikation oder Nutzung von entsprechend sicherheitsrelevanten Gütern in der Vergangenheit liegt, das Zielunternehmen aber noch über Kenntnisse oder Zugang zu der sicherheitskritischen Technologie verfügt, sind ebenfalls erfasst.

Eine weitere wesentliche Neuerung ist die Anordnung des Vollzugsverbots bzw. der schwebenden Unwirksamkeit für einen erweiterten Kreis von Transaktionen. Bisher waren bis zum Abschluss des Prüfverfahrens nur solche Verträge schwebend unwirksam, die Investitionen im Bereich der sektorspezifischen Prüfung betrafen. Künftig werden sämtliche meldepflichtigen schuldrechtlichen Rechtsgeschäfte vom Zeitpunkt ihrer Vornahme bis zum Abschluss des Prüfverfahrens schwebend unwirksam sein, d.h. auch Transaktionen im Bereich der sektorübergreifenden Prüfung, die kritische Infrastruktur, spezifische Software für kritische Infrastruktur und für die öffentliche Meinungsbildung wesentliche Medienunternehmen betreffen. Mit Inkrafttreten der neuen AWV werden auch Investitionen in Unternehmen „kritischer Technologien“ erfasst sein; ein weit gefasster, unbestimmter Rechtsbegriff, der noch der Konkretisierung bedarf.

Flankiert wird die Erweiterung des Vollzugsverbots durch die Einführung diverser straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Verbotstatbestände, ähnlich dem kartellrechtlichen Verbot des Gun-Jumping. Mit ihnen soll sichergestellt werden, dass Sinn und Zweck der Investitionsprüfung nicht durch einen vor Freigabe erfolgenden Vollzug der Transaktion oder durch den zuvor erfolgenden Austausch sicherheitsrelevanter Information vereitelt werden. Die entsprechenden Regelungen sind erst spät in den Gesetzgebungsprozess eingeführt worden; im Referentenentwurf waren sie noch nicht enthalten. Zusammenfassend ist es bis zur Freigabe (bzw. nicht fristgerechten Untersagung) verboten, dem Erwerber

- die Ausübung von Stimmrechten zu ermöglichen;
- den Bezug von mit dem Erwerb einhergehenden Gewinnauszahlungsansprüchen oder entsprechender Äquivalente zu gewähren;
- unternehmensbezogene, prüfungsauslösende oder bei der Prüfung zu berücksichtigende, sicherheitsrelevante Informationen zu überlassen oder anderweitig offenzulegen; oder
- unternehmensbezogene Informationen zu überlassen oder anderweitig offenzulegen, die in einer Anordnung des BMWi nach bestimmten Kriterien als bedeutsam bezeichnet sind.

Die weite Formulierung der Verbotstatbestände und die empfindliche Sanktionierung ihrer Missachtung werden Veräußerer wie Erwerber im Rahmen der Due Diligence vor nicht unerhebliche Herausforderungen stellen.

Neben vorbezeichneten Regelungen werden die speziellen Investitionsprüfungsvorschriften des Satellitendatensicherheitsgesetzes (SatDSiG) betreffend den Erwerb inländischer Betreiber hochwertiger Erdfernerkundungssysteme durch ausländische Investoren aufgehoben. Zur Herstellung eines gleichwertigen Schutzniveaus, werden entsprechende Erwerbsvorgänge künftig nach den allgemeinen Regelungen des AWG und der AWW geprüft; entsprechende Unternehmen sollen künftig in den Katalog besonders sicherheitsrelevanter Unternehmen im Sinne der AWW aufgenommen werden.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bringt die Novelle schließlich eine stärkere Vereinheitlichung der bei der sektorübergreifenden und sektorspezifischen Prüfung bisher unterschiedlich ausgestalteten Zuständigkeiten. Daneben werden dem BMWi explizit Kompetenzen zur umfassenden Überwachung der Einhaltung von aus Anordnungen oder öffentlich-rechtlichen Verträgen hervorgehenden Verpflichtungen auf Seiten der Erwerbsbeteiligten zugewiesen.



## **EINSCHÄTZUNG UND AUSBLICK**

Die beschlossenen Änderungen werden zweifellos zu einem weiteren Anstieg an Prüfverfahren führen. Das hat der Gesetzgeber im Blick und sieht dementsprechend eine Aufstockung von Personal und Sachmitteln vor. Ob diese letztlich ausreichen wird, wird sich zeigen. Zu erwarten ist daneben

eine Streckung der Dauer von Prüfverfahren, nicht zuletzt wegen des unionsrechtlich vorgegebenen Kooperationsmechanismus; das wird bei der Vertragsgestaltung und bei der zeitlichen Planung von M&A Transaktionen zu beachten sein. Beim Aufsetzen und der Durchführung des Due Diligence Prozesses müssen die Parteien künftig außerdem die Regelungen zum Gun-Jumping berücksichtigen. Wie sich die Herabsetzung der Gefahrenschwelle für erwerbsbeschränkende Maßnahmen in der Prüfungspraxis – auch unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Erwägungen - auswirken wird, bleibt abzuwarten.

Nach derzeitigem Stand dürfte das AWG-Änderungsgesetz mangels Übergangsvorschriften ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens grundsätzlich - mit Ausnahme etwa der neuen straf- und ordnungsrechtlichen Sanktionen - auch auf dann laufende Verfahren Anwendung finden. Der Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens und Inkrafttreten ist für Herbst 2020 zu erwarten.

Das volle Ausmaß der nun beschlossenen Verschärfungen des Außenwirtschaftsrechts wird sich erst beurteilen lassen, wenn die ebenfalls geplanten Anpassungen der Außenwirtschaftsverordnung vorliegen. Diese ist bereits in Arbeit und sollte in Kürze vorliegen. Spannend wird dabei u.a. sein, wie der Begriff der „kritischen Technologie“ konkretisiert wird.

Abgeschlossen wird der Novellierungsprozess des deutschen Außenwirtschaftsrechts damit nicht sein. In seiner Stellungnahme zur vorliegenden Novelle erklärte Peter Altmaier, Minister für Wirtschaft und Energie, er wolle die "wirtschaftliche Souveränität" der Bundesrepublik Deutschland schützen und kündigte bereits weitere Änderungen des Außenwirtschaftsrechts an. Auch wenn die Gesetzesbegründung der nun beschlossenen Novelle abermals die fortbestehende Investitionsfreundlichkeit des deutschen Außenwirtschaftsrechts betont, ist nicht davon auszugehen, dass etwaige weitere Novellierungen vom Kurs der letzten Jahre abweichen. Die Zeichen stehen auf eine weitere Verschärfung.

## ÜBER DEN AUTOR



### MÜNCHEN

Tel +49 89 12712 232  
genders@mwe.com

### DR. GERMAR ENDERS

Dr. Gernar Enders ist Rechtsanwalt und Counsel im Münchner Büro von McDermott Will & Emery. Er ist auf die Bereiche M&A, Private Equity und Gesellschaftsrecht spezialisiert. Dr. Enders hat langjährige und umfassende Erfahrung in der Beratung von strategischen Investoren, Finanzinvestoren und Managementteams bei inländischen und grenzüberschreitenden Transaktionen, sowie bei der Beratung in allen Aspekten des Gesellschaftsrechts, einschließlich bei gesellschaftsrechtlichen Strukturierungen.

Bevor er in das Münchner Büro eintrat, arbeitete Dr. Enders bei anderen führenden internationalen Kanzleien im Bereich Gesellschaftsrecht/M&A sowie in Forschung und Lehre am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht und an der Universität München. Sein Referendariat absolvierte er in Köln und New York. Er veröffentlicht regelmäßig Artikel zu gesellschafts- und zivilrechtlichen Themen, u.a. in Fachbüchern und Kommentaren.

## ÜBER MCDERMOTT WILL & EMERY

McDermott Will & Emery ist eine führende internationale Anwaltssozietät. Mit über 1.100 Rechtsanwälten sind wir an 21 Standorten weltweit vertreten: Atlanta, Boston, Brüssel, Chicago, Dallas, Düsseldorf, Frankfurt a. M., Houston, Köln, London, Los Angeles, Miami, Mailand, München, New York, Orange County, Paris, San Francisco, Silicon Valley, Washington, D.C. und Wilmington. Es besteht eine strategische Allianz mit MWE China Law Offices in Shanghai. Die deutsche Praxis wird von der McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP geführt.

20+ BÜROS  
WELTWEIT

1.100+  
ANWÄLTE

BERATUNG IN  
100+ LÄNDERN



This material is for general information purposes only and should not be construed as legal advice or any other advice on any specific facts or circumstances. No one should act or refrain from acting based upon any information herein without seeking professional legal advice. McDermott Will & Emery\* (McDermott) makes no warranties, representations, or claims of any kind concerning the content herein. McDermott and the contributing presenters or authors expressly disclaim all liability to any person in respect of the consequences of anything done or not done in reliance upon the use of contents included herein. \*For a complete list of McDermott entities visit [mwe.com/legalnotices](http://mwe.com/legalnotices).

©2020 McDermott Will & Emery. All rights reserved. Any use of these materials including reproduction, modification, distribution or republication, without the prior written consent of McDermott is strictly prohibited. This may be considered attorney advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.